

P O R

EL LICENCIADO

DON FRANCISCO ALVAREZ DE Sotomayor, vezino de la Ciudad de Luzena.

EN EL PLEYTO,

C O N.

Don Iuan Aluarez de Sotomayor, y el Iuez Eclesiastico de la Ciudad de Cordoua.

Impresso en Granada, en la Imprenta Real de Baltasar de Bolibar, en la calle de Abenamar. Año de 1664.

N. 1. ESTE PLEYTO ESTA pendiente ante el Iuez Eclesiastico de la Ciudad de Cordoua, sobre el cumplimiento de vnas letras executoriales presentadas por parte del dicho D. Iuã de Sotomayor, y que se ganaron en el pleyto, que los menores hijos de don Geronimo Manuel Hurtado han seguido contra el dicho Don Francisco Aluarez de Sotomayor: por las quales se declara auer llegado el caso de retracto intentado por parte de los dichos menores, mediante los tres mil ducados depositados en don Geronimo de Morales Valle Tellado, y por legitimamente hecho el deposito, y se cõdena al dicho don Francisco Aluarez à que restituya los bienes sobre que se ha litigado, y que se le vendieron con pacto de retrovender, y asimismo à que entregue todos los titulos de los dichos bienes, y que se le entregaron al tiempo de la venta por tres sentencias conformes.

2 ¶ Con las dichas executoriales el dicho don Iuan Alvarez de Sotomayor, con poder de los dichos menores, y cesion que le hizieron de este derecho, requirio al Iuez Eclesiastico Ordinario de la ciudad de Cordoua, el qual las mandò cumplir, sin citar al dicho don Francisco Aluarez, ni hazer notorias las executoriales se le diò la possession, y amparo à Don Iuan Aluarez, y auiendo llegado à noticia de dicho don Francisco Aluarez la contradixo, y se hizieron algunos autos, y especialmente se pretendio por el dicho don Francisco, que respeto de que la escritura que se le auia hecho de venta de los dichos bienes à D. Melchor de Mercado su tio auia sido con pacto, y condicion expressa, de q̃ el retracto auia de ser para el vẽdedor, y sus sucessores, y no para otra persona, y que no auian de poder vender, ni disponer de los dichos bienes en fauor de tercero, hasta estar dos años en la possesion de los dichos bienes despues del retracto, mediante lo qual contradecia el cũplimiẽto de las executoriales, por quanto los menores hijos de don Geroni-

mo

mo Manuel Hurtado, pendiente el pleyto, y antes de auer entrado en la possession de los bienes, y hechose el retracto auian enagenado los dichos bienes en el dicho Don Iuan Aluarez de Sotomayor, que era en cõtra del pacto, y condicion de la escritura.

3 ¶ Y auiendose controuertido sobre este articulo, sin embargo, el Iuez Eclesiastico mandò cũplir las executoriales, y por auer apelado don Francisco Aluarez de Sotomayor, y auer passado à execuciõ de estos autos el Eclesiastico, se trujo el pleyto à esta Chancilleria por via de fuerça, pretendiendo que la hazia el Iuez en no otorgar la apelacion. Y visto se declarò, que no hazia fuerça.

4 ¶ En cuya execucion el dicho Don Iuan Aluarez de Sotomayor pareciò ante el Eclesiastico de Cordoua, y auiendosele dado la possession, y amparo de los bienes sobre que se litiga, y estãdolos posseyendo pidiò se apremiasse con censuras al dicho D. Francisco à que otorgasse la escritura de distracto de la venta que se auia hecho à su favor, y el Iuez pidiò los autos.

5 ¶ Y teniendo noticia de lo referido el dicho don Francisco Alvarez de Sotomayor, y de los mandamiẽtos que se auian despachado para que otorgasse la dicha escritura de distracto por diferentes peticiones que presentò, se allanò a otorgarla, entregandole el precio, y viniendo en ello los menores, à cuyo favor tienen los executoriales para que adelante no le muevan nuevos pleytos. De que se mandò dar traslado.

6 ¶ Y respecto de que el Vicario de Luzena, en virtud de los mandamientos despachados, estaua apremiando al dicho don Francisco Aluarez a q̃ otorgasse la escritura de distracto, pareciò ante el dicho Vicario, y presentò peticion, diziendo como cõ su assistencia se auia ydo en casa de don Geronimo de Morales del Valle Tenllado, depositario del precio, y no se auia hallado el deposito de los tres mil ducados, y que auia declarado, que aũque era verdad que el deposito de los tres mil ducados se auia hecho en el, que

lo

lo auia cogido la baxa de la moneda, y reduzidolo à ocho mil reales; y despues auia entregado a don Iuan Alvarez de Sotomayor, parte contraria, los cinco mil reales, y mil y ochocientos à don Geronimo Manuel; con que se reconocia que el deposito no era cierto, y todo era vna ficcion, y no se le podia apremiar à que entregasse los bienes, ni otorgasse la escritura de retrocession no entregandole el dinero, ni estando el deposito en ser, ni viniendo en ello los menores; y cōcluyò se remitiessen los autos al Prouisor de Cordoua, y que en el interim se suspendiesse la execucion de los mandamientos, y censuras que se le auian impuesto, protestando, y apelando de lo contrario, y auiendose controuertido entre las partes ante el dicho Vicario lo referido, por auto que proueyò en 28. de Iunio de este año, remitiò los autos al dicho Prouisor de Cordoua.

7 ¶ El qual proueyò otro, sin atender a lo alegado por el dicho don Francisco de Sotomayor, y sin oyrle en la excepcion, que le opuso de que no auia deposito, ni se le entregaua el dinero, ni interuenian los menores en el distracto, mandando, que el Vicario executasse los mandamiētos despachados, en que se mandaua apremiar con censuras al dicho don Francisco, y remitir su persona presa à Cordoua dentro de seys dias, denegandole la Audiencia en lo por su parte propuesto.

8 ¶ En cuya execucion el Vicario lo declarò por publico descomulgado, y puso en las tablillas como lo està oy.

9 ¶ Y por parte de el dicho don Francisco se presentò peticion ante el Prouisor de Cordoua, haziendo relacion del auto que auia proueydo, denegādole la Audiencia, y de las censuras que le auian mandado imponer, y se le auian impuesto por el Vicario, y apelò del dicho auto, y censuras por la dicha peticion, y por otras que presentò, y sin oyrle la apelacion, ni alzar las censuras, procedio contra èl ad vlteriora, y puso en las tablilas por excomulgado, hasta anatema: y en este estado se ganò la acordada por el dicho don

Francisco, y se ha traydo el pleyto à esta Corte; donde se pretende, que el Iuez Eclesiastico de Cordoua, y el Vicario de Lucena hazen fuerça en no oyrle en las nueuas excepciones q̃ ha propuesto, y especialmẽte en la de la falta del deposito, y no entregarle el precio antes que se le llegue à apremiar, à que otorgue la escritura de retrocession, en que han de interuenir dichos menores, y que ha de corresponder el auto medio, en que se declare, que oyendo à mi parte en sus excepciones, y repuniendo lo hecho, y ejecutado no haze fuerça, y no oyendole, la haze en no otorgarle, mandandole que otorgue à mi parte sus apelaciones en este caso.

10 ¶ Esto supuesto, se fundarà por el dicho D. Frãcisco, q̃ las excepciones que ha propuesto de no entregarle el precio, y falta del deposito, son bastãtes, y impiden la execucion de las executoriales. Y siendolo, que el Iuez Eclesiastico de Cordoua aunque sea executor de ellas le deue oyr. Y por no auerlo hecho, haze, y comete fuerça, y se ha de proueer el auto medio.

11 ¶ Que las excepciones que ha propuesto don Francisco impidan la execucion de los executoriales es constante, porque estas se reduzen. Lo primero, à que el dicho don Geronimo Manuel Hurtado, y sus sucessores, conforme al contrato de vẽta que hizieron à don Francisco Aluarez, para que le huviessen de boluer los bienes, y hazer retrocession de la dicha venta, se obligaron à entregarle el precio que les diõ por ellas. Y siendo esta su obligacion, y que deuieron cumplir, y pagar con efecto el dinero: no auiendolo hecho, le obsta à don Iuan Aluarez de Sotomayor, Cessionario de los herederos del dicho don Geronimo Manuel, la excepcion de no auer cumplido por su parte, que es legitima, y impide la execucion de el instrumento, y de la sentencia, ex *l. Iulianus, §. offerri, ff. de action. empt.* quẽ text. summat Bartul. ibi: *Ex contractu vltro, citròquè obligatorio nõ potest effectualiter agi, nisi quis totum contractum ex parte sua impleuerit, l. quaero 54. §. inter locatorem, ff. locati, l. cum proponas la 2. C. de pact.* Surd.

cons.

conf. 52. *num.* 32. Guzm. *de euict. quæst.* 24. *num.* 30. D. Castill. *tom.* 3. *cap.* 3. *num.* 15. *& lib.* 8. *de aliment. cap.* 67. *num.* 8. Hermos. *in l.* 32. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 2. *num.* 34. *cum seqq.* Paul. Xamm. *rer. iudicat.* 1. *part. defin.* 26. Marescot. *lib.* 1. *cap.* 88.

12 ¶ Y es de tanta fuerça esta excepcion, q̃ aunque no se alegue en el pleyto, basta que se propon ga en informacion en derecho para que se aya de admitir. Bart. *in l. eum qui ita*, §. *qui ita el* 1. *num.* 4. *ff. de verb. oblig.* Ias. ibidem, *num.* 12. *& in* §. *omnium*, *Inst. de action.* *num.* 128. Felin. *in cap. cum ordinem*, *numer.* 16. *de rescript.* Grassis, *de exept. exept.* 13. *num.* 13. *&* 54. Guzman, *de euict. dict. quæst.* 24. *num.* 43.

13 ¶ Y lo que mas es, que aunque no se opõ ga en el hecho, ni en el derecho, debet iudex ex officio, mandarla obseruar por nacer del propio instrumẽ to. Bart. *vbi supr.* Gratian. *cap.* 307. *num.* 22. ibi: *Iudex hanc exeptionem suppleret parte non opponiente.* Mantic. *decis. num.* 8. *in fin.* ibi: *Et hæc exeptio vsquè adeo est fauorabilis, vt iudex parte, etiam non opponente, potest ex officio supplere.* D. Franci sc. Geronim. de Leon, *decis.* 48. *num.* 9. *in fin.* Guzm. *vbi supr. num.* 43. *in fin.*

14 ¶ Y procede esta excepcion en tanto grado, que obsta, aunque se cumpla en parte, y se falta en algo. *Etiã in minimo, ex l. alumnæ* 30. §. 1. Seio, *l. filio* 31. §. *matri, ff. de adim. legat.* Bart. *in l. quæro* 54. §. 1. *ff. locat.* Carrocio, *de locat.* §. *de euict. num.* 34. ibi: *Ampliatur secundo etiam si non fuerit impletum in modico.* Cagnol. *in l. si quis maior, C. de transact. num.* 20. cum multis Carolo de Grassis, *dict. exept.* 13. *num.* 45. ibi: *Ampliatur septimò, vt hæc exceptio ad implementi non secuti posit opponi creditori agenti, etiam si ipse in minimo ex parte sua defecisset. Quia oppor tet, vt totaliter adimpleat.* Guzm. *de euict. dict. cap.* 24. *nu.* 31. optimè Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 12. *nu.* 2.

15 ¶ Præterea, aun en caso que el instrumẽ to que se trata de executar se excluyan, y remueuan todas las excepciones adhuc, se puede oponer, y deue admitir esta excepcion, non ad implementi. Roman. *cons.* 244. *num.* 5. versic. *Primo enim.* Craueta, *cons.* 127. *num.* 14. Dom. Castillo, *libr.* 3. *cap.* 3. *num.* 15. Mares-

cot.

cot. *lib.* ... *cap.* 88. Gratian. *cap.* 325. *per tot.* D. Salgad. *de reg. protect. part.* 4. *cap.* 7. *num.* 111.

16 ¶ Y en terminos de executor de comission, ò executoriales que debe admitir ésta excepcion, resoluit Dom. Salgad. *ubi supr. num.* 111. y en el 112. afirma ibi: *Quam si executor non admittat excedit.*

17 ¶ Esta resolucion se ajusta en el caso de este pleyto; pues auiendose contratado en la escritura, que para cobrar los bienes se auia de pagar primero el precio, no se ha entregado al dicho don Francisco Aluarez, ni pagado.

18 ¶ Y no obstara el dezir por parte del dicho don Iuan Aluarez de Sotomayor, que el precio se depositò en don Geronimo Morales Valle Teullado, y que para retraer bienes, que se han vendido con pacto de retrouender, basta hazer deposito de el precio, y que este tiene la misma fuerça que paga, *ex l.* 3. *C. de luition. pign. l. acceptam, C. de usuris, l.* 24. *tit.* 21. *libr.* 4. *Recop.* tenet Cancer. *part.* 3. *cap.* 8. *num.* 18.

19 ¶ Porque aunque es cierta esta resolucion, consta de los autos, que auiendo ido à casa de el depositario, se hallò, que no tenia cantidad alguna en su poder, y declarò, que aunque era verdad que se auia hecho el deposito de los tres mil ducados, lo auia cogido la baja de la moneda, y reduzidolo à ocho mil y tantos reales: de los quales auia entregado à don Iuan Aluarez de Sotomayor, parte cõtraria, los cinco mil, y à D. Geronimo Manuel, de quien es cessonario, mil y ochocientos, y que lo demas lo tenia gastado.

20 ¶ Ex quo resultat, que auiendo los mismos que depositaron, tomado el dinero del deposito, y hechose por su quenta, y riesgo, no tiene, ni puede tener vim solutionis, ni el que lo hizo consigue liberacion, y pierde todos los efectos que à su favor causò el deposito, *ex l. si debitor, ff. de usur. l. acceptam, C. eodem tit.* ibi: *Nisi fortè eas receperit, ubi glos. lit. K. in fine*, ibi: *Tertio dicas, per exeptionem, quæ exeptio fit meficax, cum debitor recipit pecuniam.* Cancer. *part.* 3. *cap.* 8. *num.* 21. ibi: *Quia per recuperationem deposito, renuntiare videbatur.* Hermos. *in l.* 2. *tit.* 3. *glos.* 3. & 4. *à num.* 33.

Y

21 ¶ Y aunque se hiziesse el deposito legitimamente no auiendo durado, y sacadolo los deponẽtes antes que llegasse el caso del retracto, es lo mismo que si no se huviera hecho, *ex l. 1. §. siuè autem, ff. de condit. sine causa*, ibi: *Siue ab initio, sine causa promissum est, siue fuit causa promittendi, quæ finita, vel secuta non est, dicendum est conditioni locum fore, idem probat, l. si fulo, ff. eodem. Et ratio est quia factum non dicitur, quod non durat factum, l. si pro parte, §. versum, ff. de in rem verso, cum vulgat.*

22 ¶ Tenent Surd. *de aliment. tit. 7. quæst. 20. num. 9.* Stephan. Gratian. *discept. forens. cap. 113. nu. 33. & cap. 132. num. 25.* Dom. Valeçuel. Velazq. *consi. 133. num. 20.* ibi: *Et idem est dicendum, quando à principio interuenisset, si tamẽ defecisset postea, nam quotiescumque causa reddit, ad non causam perinde est, ac si actus ab initio factus, fuisset sine causa.*

23 ¶ Y en terminos de deposito lo resuelve assi la Gloss. *in dict. l. acceptam, C. de vsuris.* verb *Eam receperit*, ibi: *Vel die etiam prima conueniri, & fingitur, non facta depositio, cum non durauerit.*

24 ¶ Y si se replicare, que no sacaron todo el deposito, y que quedó en poder del depositario parte, como el lo confiessa no puede obstar.

25 ¶ Porque se responde, que como el deposito ha de ser integro, *ex l. obsignatione, C. de solutionib. l quamdiu, C. de distract. pignor.* Dom. Couarr. *lib. 1. var. cap. 15. num. 7.* cum multis Hermos. *dict. l. 2. glos. 4. num. 50.* Lo mismo ha de proceder auiendo sacado la mayor parte del deposito, ò qualquier parte, que si todo lo sacaran, y no se huviera hecho, porque no es deposito el que no es integro, vt fundauimus.

26 ¶ Y menos se ha de atender à las calidades, que pone el depositario de auer prestado à los deponentes las dichas cantidades, porque desto no cõsta, y son separadas de la declaracion. *Et ita non considerandæ, ex glos. in l. siquidem, C. de exeption.* tenẽt cum multis D. Vela, *dissert. 24. à num. 46. cum seqq.*

27 ¶ Y aunque por la parte contraria tambien se opone, que por las sentencias contenidas en las executoriales se declara por legitimo el deposito: por

C lo

lo qual no se puede oy dezir contra èl, y que se ha de estar à la cosa juzgada, *l.* 1. *C. de re iudicat cap. inter vos, de sentent. & re iudicat.* cum multis D. Valençuel. *cons.* 68. *à num.* 30. *& cons.* 92. *num.* 55.

28 ¶ Se responde, que las dichas sentencias se pronunciaron con el supuesto, de que el deposito estaua hecho, y era permanente, y fue la causa final de la determinacion, la verdad, y realidad del deposito, y su permanencia, y faltando esta causa, y auiendo sobreuenido nueua, nempe, el auer sacado el deposito los deponentes. Cesa la sentencia, *etiam in rem iudicatam traslata, ex l.* 3. *C. ad exhibend. l. si fullo, in princip. ff. de condit. sine caus. l. in commodato, § fin. ff. commodat.* tenet cũ multis Dom. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 7. *n.* 91. vbi afirmat. *Quod cessante causa sententiæ cessat ipsa sententia, & quando causa sententiæ reddit ad non causam sententia re tractatur, & nu.* 94. *quod quando superuenit noua causa cessat sententia*, todo lo qual se aplica, y ajusta à los terminos del pleyto, pues la causa principal de auer declarado por legitimo el deposito, y mandado, que don Francisco Aluarez restituyesse los bienes, fue por tenerse por cierto, real, y verdadero el deposito, y cessando esta por no estar el deposito en el depositario, y auer sacado el deposito los deponentes, como queda fundado, no obsta, ni puede obstar la sentencia, assi por auer faltado el supuesto, y causa de ella, como por auer sobreuenido lo contenido en la declaracion del depositario, que los deponentes sacaron el dinero de el deposito.

29 ¶ Lo qual procede en tanto grado, que afirma el señor Salgad. *in Labirint.* 1. *cap.* 25. *num.* 36. ibi: *Ex quo cessante causa, ob quam lata fuit sententia non obstant identitates rei iudicatæ*, idem tenent Intrigliol. *decis.* 3. *num.* 157. Gratian. *cap.* 445. *num.* 11. Don Francisco de Leon, *decis.* 78. *num.* 6. Fontanel. *decis.* 126. *n.* 29.

30 ¶ Y la razon es, porque la sentencia. *Et quælibet dispositio, semper debet intelligi rebus, sed stantibus, & in eodem statu permanentibus, ex l. quod serui, ff. de condit. caus. dat. cap. in Parrochia* 16. *quæst.* 1. *glos. in cap.* 7. *de rescript.* Thusc. *lit. E. conclus.* 562. Gratian. *cap.* 916. *num.* 21.

Dom.

Dom. Larrea, *decis. Granat.* 71. *num.* 7. *& alleg. fisc.* 50. *num* 23. Cancer. *var. tom.* 3 *cap.* 15. *num.* 280.

31 ¶ Ex quo infertur, que auiendo faltado la causa que huvo para pronunciar las sentencias, y auiendo sobreuenido la nueua causa, nempe, de auer sacado el dinero del deposito, ni obsta la cosa juzgada, y se debe oyr al dicho don Francisco Aluarez, *ex supr. dict. & ex l.* 25. *tit.* 2. *part.* 3.

32 ¶ Optimè D. Valenç. Velazq. *in dispositione executorialium, cons.* 167. *num.* 59. *&* 60. ibi: *Ex quo sequitur, quòd superueniente dicta mutatione cessabit, & fuit extincta dispositio executoriarum, argum. cap. subgestum de decim. cum adduct. à glos. fin. in cap. Abbate Sancti Silbani, de verb. signif. & sic ex ista noua causa non obest res iudicata, l. si mater, §. eandem causam, l. & an eadem, dict. l. si quis ad exhibendum, ff. de exept. rei iudicat. l. si fullo, ff. de condit. sine caus.* Surd. *cons.* 268. *num.* 14. *lib.* 2. *Et confert, quod Plutarc. in apothegmat. celebrat illud cleomenis dictum: Non sum idem, qui antea mutatis, itaque ex sententia mutaui.*

33 ¶ Menos obstara para la pretension que tiene el dicho don Francisco Aluarez, de que se declare, que el Iuez Eclesiastico haze fuerça en no oyrle el auto que huvo en la Chancilleria, que el dicho Iuez Eclesiastico no hazia fuerça, auiendose traydo la primera vez que se traxo à esta Chancilleria. Porque entonces fue sobre diferente derecho, nempe, sobre pretender el dicho don Francisco, que no se auian de cũplir las executoriales, porque quien pedia la execuciõ de ellas no eran los menores, hijos de don Geronimo Manuel Hurtado que las auian ganado, y à cuyo favor vienen, si no don Iuan Aluarez de Sotomayor, en virtud de cesion que le auian hecho, estando ya pendiente el pleyto en Roma, y el pleyto de oy es sobre diferente derecho, scilicet, sobre auer faltado el deposito que fue la causa de los executoriales, como queda dicho, y no entregarle el precio, y no cumplir por su parte, y para que obstara la cosa juzgada el auto primero de la Chancilleria, era necessario que fuera sobre la misma cosa, y accion, sobre que se litigò, *ex l. cum queritur, cum trib. ff. de except. rei iudicat.* Dom. Valenç.

cons.

cons. 58. num. 51. Dom. Salgad. in Labyrint. 1 part. cap. 14. à num. 160.

34 ¶ *Y aunque se propone* por parte del dicho don Iuan Aluarez de Sotomayor, que el Iuez Eclesiastico de Cordoua, que está conociendo del cumplimiento destas executoriales, es mero executor, ac por consiguiente, que no puede, ni deue admitir excepciones algunas, *ad text. in l. executorem, C. de except. rei iudicat.* Y que aunque el dicho don Francisco Aluarez de Sotomayor aya apelado, no se le ha de oyr la apelacion *per l. ab executore, C. quorum appellat. non recipiantur, ibi: Ab executione appellari non posse, satis, & iure, & constitutionibus cautum est.*

35 ¶ Respondemos lo primero, que no es executor mero, si no mixto para las excepciones opuestas por el dicho don Francisco, y las deue oyr.

36 ¶ Quia mero executor es, vt describit, *l. executorem, C. de except. rei iudicat.* ibi: *Qui post sententiam inter partes auditas emissam, & discussa lite prolatam rei iudicatae vigorem ad effectum videtur adducere, glos. in cap. Pastoralis, §. quia autem, de offic. & potestat. iudic. delegat. verb. Et si fuat; glos. in cap. quae ad consultationem de re iudicat.* Dom. Salgad. *de reg. protect. 4. p. cap. 3. n. 2.*

37 ¶ Y no auiendo auido conocimiento de causa sobre las excepciones que ha propuesto el dicho don Francisco Aluarez de Sotomayor, ni estando vencidas no se puede dezir mero executor, y ha de ser mixto.

38 ¶ Deinde, porque aunque sea mero executor deue oyr las excepciones que fueren legitimas, *l. & si non cognitio, ff.* [illegible] *publ.* buen texto, *in cap. ex parte, el 2. ff. de offic. & potest. iudic. delegat. ibi: Debes tamen rationabiles exceptiones admittere, & in eo* [illegible] *cap. dilecto filio 63.* vbi *Abb. num. 5. de appellat. cap. exceptionem, de* [illegible] *glos. in l. ab executore, C. quorum appellat. non recip.* verb. *Si excedunt.* Dom. Valenzuel. Velazq. *cons. 48. num. 31. ibi: Immo etiam si* [illegible] *mero executor debeat admittere exceptiones legitimas* [illegible] *ab eo appellaretur.*

39 ¶ Y que sean legitimas las excepciones

que

que ha propuesto el dicho don Francisco Aluarez legitimas, y que las deue oyr el dicho Iuez Eclesiastico; siendo mero executor es indubitable.

40 ¶ Porque la excepcion non ad implementi la deue oyr por ser legitima, *ex supr. dict.* Et in terminis D. Salgad. *de reg. protect.* 4. *part. cap.* 7. *nu.* 111. ibi: *Quæ quidem exceptio* (loquens de exceptione non ad implementi) *adeo legitima dicitur; vt etiam ab statuto reiſciente, excludenteque omnes exceptiones non intelligitur sublata.*

41 ¶ Y no admitiendola el mero executor excede, Dom. Salgad. *vbi proxime num.* 112. ibi: *Apud quos multos elegantes effectus huius exceptionis non implementi per legere, & reperire potest. Quam si executor non admittat (vt vides) excedit.*

42 ¶ Y por el consiguiente es legitima la apelacion que ha interpuesto el dicho don Francisco de no auerla oydo la dicha excepcion, *dict. l. ab exequtore*, ibi: *N. si forte executor sententiæ modum iudicationis excedat, vbi glos. verb. excedat.*

43 ¶ Præterea, porque esta excepcion, y la de la falta del deposito naze de las mismas executoriales, con el supuesto de que se despacharon en consideracion de ser cierto el deposito, y no auerse hallado, que exceptio legitima est, & debet admitti oper executorem. Aliter excede, & volentiam faciat manifestam, ita Dom. Salgad. *dict. cap.* 7. *n.* 99. & *nu.* 102. ibi: *Secus est nisi pariter exceptio oriatur ex sententia, quod nota; igitur ab huiusmodi legitimæ exceptionis reiectionis excessu appellationi interiectæ non deferens executor volentiam facit manifestam.*

44 ¶ Deinde, es legitima la excepcion de la falta del deposito por ser nueua, y auer nacido despues, y sacadose el dinero del deposito por los deponentes, y la excepcion nueua es legitima, y la deue admitir el mero executor, *ex ratione text. in l. de ætate, §. qui tacuit, ff. de interrog. act.* ibi: *Nam ea quæ postea emergunt nouo indigent auxilio.*

45 ¶ Tenet in terminis D. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 6. *num.* 21. ibi: *Quo pertinet, quod executor etiam merus tenetur admittere exceptionem nouam, & no-*

uiter

uiter ortam, quę si à iudice mandante cognita fuerat ab executione superfederet, ac pariter executor eius cognoscere, & supersedere debebit. Felin. *in cap. Pastoralis, §. quia vero, num. 7. versic. Quarto fallit, de offic. delegat. & in cap. de cætero, n. 6. de re iudicat. per l. si homine m, ff. mandati.* Robert. Marant. *disput. 1. num. 33. vers. Fallit quarto,* Benedict. Band. in repert. ad Felin. verbo, *executor, sub vers. 2. & sub vers. quarto, propè finem,* Menoch. *de arbitrar. lib. 1. quæst. 38. num. 24.* & idem Dom. Salgad. *quęst. 7. dict. 4. part. nu. 93.* Mieres *de maior. 4. p. quæst. 1. limit. 1. n. 73.*

46 ¶ Lo qual se ajusta à los terminos de este pleyto, pues tratandose de cumplimiento de las dichas Executoriales, se ha hallado que el deposito que consta por las Executoriales se hizo, no lo ay, ni permanece, lo qual es nueuo, & auxilio indiget, y deue admitirlo el Iuez Eclesiastico, Executor de las Executoriales, y sobreseer en la execucion de ellas.

47 ¶ No auiendole oydo estas excepciones, y tratando de executar los Executoriales sin oyrle, y auiendolo publicado por excomulgado, y puesto en la Tablilla, sin embargo de las apelaciones interpuestas, estamos en el caso de que se ha de proueer el auto medio, que refiere el señor Salgad. *de Reg. protect. 1. part. cap. 5. num. 66.* ibi: *Que reponiendo lo hecho, y oyendo de nueuo, no haze fuerça, no lo haziendo, la haze, otorgue, y reponga.*

48 ¶ Y se deue considerar, que lo que oy ha mandado el Iuez Eclesiastico, es, que se apremie al dicho don Francisco Alvarez de Sotomayor, que otorgue escritura de retrocession de la venta de los bienes sobre que se litiga, y por no auerlo hecho, lo tiene excomulgado, y puesto en la Tablilla: lo qual es excesso notorio de su comission, porque solo se manda por los Executoriales, que el dicho don Francisco restituya los bienes, y esta restituciō està hecha por el dicho Iuez Eclesiastico, auiendole dado la possession a don Iuan Alvarez de Sotomayor, cessonario, y el amparo de ellos, en virtud de autos que proueyò el Prouisor, y se hizo sin auer citado a el dicho don Francisco, ni auerle hecho notorio los Executoriales, ni dado

traslado de ellos: y en este caso es legitima la apelacion, por excesso notorio de su comission, *l. ab executore, C quorum appell. non recip.* ibi: *Ab executione appellari non posse, nisi fortè executor sententiæ modum executionis excedat.* Lo qual no tiene duda, porque auiendo executado lo que se le mandò, y para lo que se le diò comission, functus est officio suo, *l Iudex posteaquam, ff. de re iudic.*

49 ¶ Y se propone a V.S. y à los demas Señores, que teniendo el dicho don Francisco Alvarez de Sotomayor, Presbytero, tantas, y tan grandes defensas, y tan legitimas: el dicho Iuez Eclesiastico ha procedido tan azeleradamente, y sin quererle oyr, ni entregarle el pleyto, procediendo con censuras, hasta quarta carta de Anathema, y mandandole prender, y atropellando las defensas, y especialmente esta de el deposito, sin dar lugar a que se ajuste que se ha hecho el dinero que se mandò depositar, y si se depositò integro, si huvo baxa de moneda, ò en que se convirtiò, dexando destituydo de remedio a don Francisco, quitandole los bienes, y sin restituyrle el precio que dio, y faltando a lò determinado, y pactado: que todo se deue ponderar mucho, para que tenga el patrocinio de las fuerças, que por todo derecho està concedido, para que los oprimidos, como el dicho don Francisco lo està, lo halle, auiendolo venido a buscar a esta Chancilleria. Quæ sint dicta, &c.

El L. Don Pedro de Hinojosa